

УДК 341.01:340.141

Косогубова М. Г.

## РОЛЬ ПРАКТИКИ ДЕРЖАВ У РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ЗВИЧАЮ

*У статті висвітлені різні теоретичні погляди, а також практичне вирішення питання щодо співвідношення державної практики й opinio juris.*

Якщо джерелами внутрішнього законодавства більшості сучасних країн є або нормативно-правові акти, або рішення судів — прецеденти, і звичай втратив свою обов'язковість, то на міжнародній арені звичай залишається і, напевно, залишиться одним з головних джерел права. Річ у тому, що неможливо у документальній формі закріпити всі правила, які існують у міжнародному праві, які не є незмінними, а, навпаки, постійно перебувають у розвитку, змінюються, виникають, зникають. Тому, не протиставляючи міжнародні договори і звичаї, слід зазначити, що останні відіграють дуже важливу роль у міжнародному житті.

Розглядаючи питання про роль практики держав у розвитку міжнародного звичаю, треба насамперед визначити, що таке звичай. Ст. 38 статуту Міжнародного суду називає звичай "доказом за-

гальної практики, прийнятої як правова норма". Таким чином, звичай несе у собі два складові елементи:

1) Об'єктивний елемент — практика, тобто серія прецедентів, яка має загальний характер (наприклад, за певною нормою діють навіть ті суб'єкти, які не є сторонами договору). Існують різні точки зору щодо суб'єктів, які можуть створювати прецеденти: якщо ті, хто не розрізняє міжнародне і міждержавне право, стверджують, що прецеденти походять від державних органів, компетентних у міжнародних відносинах, а також від інших державних органів, то ті, хто вважає, що міжнародне право має ширше поле діяльності, визначають суб'єктами також міжнародні організації, транснаціональні компанії, фізичних осіб.

2) Суб'єктивний елемент — *opinio juris* — психологічний елемент, який означає прийняття практики, суб'єктивне переконання, що така поведінка є правилом, загальноприйнятою нормою, законом.

Виникає питання, як повинні співвідноситись практика й *opinio juris*.

Згідно з традиційним розумінням міжнародного звичаю, об'єктивний елемент, тобто практика, мав пріоритет над *opinio juris*. Значення мали насамперед дії і факти, а не слова. Завдання міжнародних судів і трибуналів фактично зводилось до того, щоб виявити повторювані частини, матеріали, рішення в "первинних" практиках держав і розтлумачити їх, виходячи з юридичних міркувань. Тому *opinio juris* було дещо ілюзорним, емпіричним поняттям. Такі видатні публіцисти першої половини ХХ ст., як Кьольсен і Гугтенгейм, у своїх ранніх працях доводили, що міжнародне звичаєве право має своїм джерелом виключно практику [1; 2].

Такий підхід має деякі переваги. Зокрема, звичай, заснований практикою, є більш стійкими і тривкими, джерелом їх виникнення була тісна взаємодія між державами. Такі звичай дозволяють передбачити майбутню поведінку держави (як визначив Кьольсен, "держави мають поводитись так, як вони звикли поводитись" [3]). Однак такий підхід є дещо обмеженим. На зміну йому (такий звичай ще називають "*la coutume sage*" — звичай розумний) приходять "*la coutume sauvage*" — звичай дикий.

Звичай втрачає свою ретроспективну направленість, підхід до утворення міжнародного звичаєвого права змінюється з індуктивного на дедуктивний, коли практика спирається не на минулий досвід, а на певні науково виведені принципи, прийняті документи. Так нормам, які містяться у Загальній Декларації про Права Людини 1948 р., багато науковців надають статус звичаєвого права.

Деякі автори вважають, що саме розуміння поняття практики змінилось: вона перетворилася з того, що відбувається у реальному світі, на "практику на папері" — у слова, тексти, декларації, пуб-

лічні вибачення тощо. Але за такого підходу стає дуже важко відрізнити звичай від прецедента. Як зазначив Деннінгс, сучасні коментатори надають статус звичаєві "не тільки не звичаєвому праву, а й навіть тому, що взагалі не схоже на звичаєве право" [4]. Крім того, є велика спокуса кожного разу використовувати звичаєве право як формальне джерело, пристосовуючи його для досягнення своєї мети, отримання відповідей, вигідних у даному випадку. Таким чином, звичай може стати надто швидкоплинним, багатозначним.

Інші автори вважають, що практика втратила своє значення, поступившись місцем *opinio juris*. Тепер для визначення, чи є певна поведінка звичаєвою, важливе не так постійне застосування правила поведінки, як його проголошення, повторення. Завданням практики було вивести *opinio juris* на перший план, тепер же практика не відіграє будь-якої конструктивної ролі у становленні звичаєвого права, а лише засвідчує його встановлення.

Однак, якщо практика не братиметься до уваги при створенні звичаю, може виникнути така ситуація, коли фактичні дії держав суперечитимуть їхнім прокламаціям, і, таким чином, звичаєве право перетвориться у юридичну фікцію, яка не буде мати впливу на реальні дії і події. Як зазначив Міжнародний суд у своєму рішенні щодо справи континентального плато Північного моря 1969 р., "Хоча факт появи в обігу у короткий проміжок часу не містить у собі перешкоди утворенню нової норми звичаєвого міжнародного права..., необхідним є те, щоб у цей короткий період часу практика їх застосування державами, включаючи тих, хто особливо зацікавлений, була частою та практично однаковою" [5].

Таким чином, не слід применшувати значення практики держав у становленні й розвитку звичаєвого права. Хоча останнім часом роль *opinio juris* значно зросла, для визначення, чи є правило поведінки звичаєм, має бути наявною практика застосування цього правила державами.

1. Kelsen H. Theorie du droit international coutumier (1939).

2. Guggenheim P. Les deux elements de la coutume en droit international (1950).

3. Kelsen J. Principles of International Law 1952.— P. 418.

4. Jennings RY International Law, Teaching and Practice 1982.— P. 3—5.

5. Тузкоз Ж. Міжнародне право. К.— 1998.— С. 203—206.

6. Simma B., Alston Ph. II Australian Yearbook of International Law 1992.— P. 82—109

Kosogubova M. G.

## THE ROLE OF STATE PRACTICE IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL CUSTOM

*In this article different theoretical views, practical solution of questions concerning correlation of state practice and opinio juris are elucidated.*